

Urteil der 1. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern,
unter Mitwirkung von Oberrichter Kunz (Referent), Oberrichterin Lüthy-Colomb und
Oberrichterin Pfister Hadorn sowie Kammerschreiber Günther

vom 4. März 2009

in der Streitsache zwischen

A.
vertreten durch Rechtsanwalt Z.

Kläger/Appellant

und

B.
vertreten durch Fürsprecher Y.

Beklagte/Appellatin



Regeste:

- Art. 2 Abs. 2 ZGB
- *Klage aus Arbeitsvertrag betreffend einen Arbeitnehmer, welcher gleichzeitig auch Geschäftsführer, Hauptaktionär sowie Mitglied des Verwaltungsrates der Arbeitgeberin war. Zu beurteilen war u.a. die rechtsmissbräuchliche Geltendmachung des Anspruchs auf Überstundenentschädigung infolge verzögerter Rechtsausübung: Als notwendige Voraussetzungen für die Annahme einer Anspruchsverwirkung infolge verzögerter Rechtsausübung müssen drei Bedingungen erfüllt sein: (a) Zumutbarkeit einer früheren Geltendmachung der Forderung durch den Gläubiger, (b) berechtigtes Vertrauen des Schuldners darauf, dass eine Forderung nicht besteht oder nicht mehr geltend gemacht wird und (c) eine durch die verspätete Geltendmachung entstandene, unbillige Benachteiligung des Schuldners, die ihn bei früherem Vorgehen des Berechtigten nicht getroffen hätte.*
Rechtsmissbrauch vorliegend bejaht, da die Überstundenentschädigung erst rund ein halbes Jahr nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses konkret thematisiert wurde, der Appellant seine Überstunden in seiner Funktion als Mitverantwortlicher für den Betrieb der Appellatin selbst anordnen konnte, diese jeweils per November des laufenden Jahres unwidersprochen auf Null gestellt wurden und in der Buchhaltung der Appellatin keine Rückstellungen für die jeweilige Anzahl Überstunden getätigt wurden.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Keine.

Auszug aus den Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

[...]

II. Plädoyers

[...]

III. Sachverhalt

[...]

IV. Rechtliches

A. Formelles

[...]

B. Materielles

1. Überstundenentschädigung

1.1

[...]

1.2

[...]

1.3

[...]

1.4 Es ist sodann der von der der Appellatin vorgebrachte Einwand des Rechtsmissbrauchs zu prüfen:

Rechtsmissbrauch gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB ist von jeder Instanz von Amtes wegen zu beachten, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen von einer Partei vorgebracht werden und feststehen; einer besonderen Einrede bedarf es nicht (BGE 104 II 101).

1.4.1 Eine allgemein anerkannte Definition des Rechtsmissbrauchs-Begriffs ist nicht möglich. Am Besten lässt sich der Wirkungsbereich dieses unbestimmten Rechtsbegriffs mit der Bildung von Fallgruppen erfassen (vgl. dazu HONSELL,

BSK-ZGB I, Basel 2006, N37 f. zu Art. 2 ZGB). HONSELL führt als eine solche Fallgruppe diejenige der „verzögerte Rechtsausübung“ an (HONSELL, a.a.O., N 49 zu Art. 2 ZGB). Soweit eine Verjährungsfrist betreffend, dürfe eine Verwirkung des Anspruchs wegen verzögerter Rechtsausübung allerdings nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden (unter Hinweis auf BGE 94 II 37ff, 41 E. 6b). Zum Zeitablauf müssten weitere Umstände hinzukommen, „welche die Rechtsausübung mit der früheren Untätigkeit des Berechtigten in einem unvereinbaren Widerspruch erscheinen lassen (...)“, es müssten also „Umstände hinzutreten, die das Zuwarten als Verstoss gegen Treu und Glauben qualifizieren“ (mit Hinweisen auf Literatur und Rechtssprechung). HONSELL sieht solche Umstände beispielsweise dann als gegeben an, wenn aus dem Stillschweigen mit Sicherheit auf einen Verzicht geschlossen werden darf; sodann, wenn dem Partner aus der Verzögerung Nachteile erwachsen. Sind die verzögert eingeklagten Ansprüche allerdings unverzichtbar – wie bei einigen Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis – so stehe der Annahme des Rechtsmissbrauchs die Gefahr entgegen, dass dessen Bejahung die Unverzichtbarkeit unterlaufen könnte (HONSELL, a.a.O., N 49 Mitte zu Art. 2 ZGB).

STREIFF / VON KAENEL weisen in ihrem Praxiskommentar darauf hin, dass die Frage, bis wann angeordnete Überstunden geltend gemacht werden müssten, früher kontrovers gehandhabt worden sei (STREIFF / VON KAENEL, a.a.O., N 10 zu Art. 321c ZGB, S. 160). Mit Entscheid des Bundesgerichts vom 9. Oktober 2000, bestätigt in BGE 129 III 171, E. 2.4, sei nun auch in dieser Frage „Klarheit geschaffen“ worden: Blosses Zuwarten sei kein Rechtsmissbrauch, und eine Verwirkung wegen verzögerter Geltendmachung dürfe nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden. Für eine Verwirkung müssten – neben dem Zeitablauf – weitere Umstände hinzutreten „welche die Geltendmachung in einen unvereinbaren Widerspruch mit der früheren Untätigkeit des Arbeitnehmers treten lassen“ (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 10 zu Art. 321c ZGB, S. 161).

URS HOFMANN behandelt den Tatbestand der Verwirkung infolge verzögerter Rechtsausübung als Unterfall des venire contra factum proprium (wobei sich der Gläubiger durch die nachmalige Rechtsausübung mit seiner früheren Untätigkeit in Widerspruch setze; vgl. URS HOFFMANN, Verzicht und Vergleich im Arbeitsrecht, Dissertation Zürich 1985, S. 200, mit Hinweisen). Er nennt (in Anlehnung an die deutsche Lehre) als notwendige Voraussetzungen für die Annahme einer Anspruchsverwirkung drei Bedingungen:

- Zumutbarkeit einer früheren Geltendmachung der Forderung durch den Gläubiger,
- berechtigtes Vertrauen des Schuldners darauf, dass eine Forderung nicht besteht oder nicht mehr geltend gemacht wird,
- eine durch die verspätete Geltendmachung entstandene unbillige Benachteiligung des Schuldners, die ihn bei früherem Vorgehen des Berechtigten nicht getroffen hätte.

Sodann verweist URS HOFMANN auf die (seinerzeitige) bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 98 II 144 f., 95 II 116, 94 II 42), welche diese Punkte nie explizit genannt, die verspätete Geltendmachung jedoch nur dann als rechtsmissbräuchlich bezeichnet habe, wenn im Ergebnis alle drei Voraussetzungen erfüllt gewesen seien.

In BGE 131 III 439 f., E.5, S. 443, hat das Bundesgericht zum Rechtsmissbrauchsverbot im Arbeitsverhältnis bestätigt, dass sich der Arbeitgeber nur bei besonderen Umständen auf einen Rechtsmissbrauch des Arbeitnehmers berufen könne und blosses Zuwarten innerhalb der Verjährungsfristen allgemein keinen Rechtsmissbrauch begründe. Weiter wird ausgeführt:

„Zum blossen Zeitablauf müssen vielmehr besondere Umstände hinzutreten, welche die Rechtsausübung mit der früheren Untätigkeit des Berechtigten in einem unvereinbaren Widerspruch erscheinen lassen (vgl. BGE 129 III 493, 498, E. 5.1, mit Hinweisen). Solche können darin bestehen, dass dem Verpflichteten aus der verzögerten Geltendmachung in erkennbarer Weise Nachteile erwachsen sind und dem Berechtigten die Rechtsausübung zumutbar gewesen wäre, oder darin, dass der Berechtigte mit der Geltendmachung des Anspruchs zuwartet, um sich einen ungerechtfertigten Vorteil zu verschaffen. Erkennbare Nachteile für den Verpflichteten können dabei nach der Lehre namentlich darin bestehen, dass sich die Forderung nicht mehr überprüfen lässt.“

Sodann hat sich das Bundesgericht im Entscheid BGE 129 III 171 ff. mit dem Anspruch leitender Angestellter auf Überstundenentschädigung und dessen Verwirkung befasst. In besagtem Entscheid handelte es sich um einen Verkehrs-Direktor des Vereins V., welcher seine Stelle während vier Monaten von 1. Januar bis 30. April 1998 innehatte. In den Erwägungen 2.3 und 2.4 (S. 174 f.) führt das Bundesgericht zur Verwirkung – soweit hier interessierend – aus, zu deren Bejahung seien strenge Anforderungen zu stellen: Rechtsmissbrauch wegen verspäteter Geltendmachung sei nur unter ausserordentlichen Umständen anzunehmen, zumal der Anspruch im Sinne von Art. 341 Abs. 1 OR unverzichtbar sei. Das Interesse des Arbeitgebers sei offensichtlich, über die Notwendigkeit von Mehrarbeit im Verhältnis zur vereinbarten Arbeitszeit unterrichtet zu werden, „um allenfalls die erforderlichen Dispositionen in der Arbeitsorganisation treffen zu können“, was auch dem Arbeitnehmer bewusst sein müsse. Falls dem Arbeitgeber mindestens dem Grundsatz nach klar sei, dass Überstunden erforderlich seien, brauche der Arbeitgeber „nicht bereits in der ersten Lohnperiode deren konkreten Umfang zu benennen“, sondern könne zuwarten, bis eine zuverlässige Aussage zu dieser Frage möglich sei. Dies gelte insbesondere dann, wenn ein Ausgleich durch Freizeit vertraglich vereinbart worden sei.

Im erwähnten Entscheid hat das Bundesgericht den vom Arbeitnehmer rund ein halbes Jahr nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend gemachten Anspruch auf Überstundenentschädigung nicht als verwirkt beurteilt. Es verneinte die ausserordentlichen Umstände: Beide Parteien hätten mit der

Leistung von Überstunden (während der Saison) gerechnet, diese hätten vereinbarungsgemäss in der Zwischensaison kompensiert werden können. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses besteht demnach „regelmässig kein zeitlich dringendes Interesse“ des Arbeitgebers, über geleistete Überstunden informiert zu werden, zumal diese unter den Schutzbereich von Art. 341 Abs. 1 OR fallen.

1.4.2 Die Vorinstanz hat den Rechtsmissbrauch vorliegend mit folgenden Überlegungen bejaht (vgl. pag. 159/161):

Eine chronologische Betrachtung zeige Folgendes:

- am Anfang (Gründung der Gesellschaft im Jahre 1992) stehe eine vertragliche Regelung einer Überstundenentschädigung, die jedoch nie in der vereinbarten Form gehandhabt worden sei,
- in den Jahren 1992 bis 1996 seien die Überstunden in Form von Boni ausbezahlt worden, für beide Geschäftsführer im Verhältnis 1:1, ohne Rücksicht auf die Höhe der jeweiligen Überstundenanzahl,
- ab 1996 (Appellant) resp. ab 1999 (Appellatin) seien keine Boni mehr ausbezahlt worden und ca. bis 1999 (Appellant) resp. 2002 (Appellatin) seien noch Verwaltungsrats honorare geleistet worden,
- zuständig für die Buchhaltung sei der Appellant gewesen, er habe aber nie Rückstellungen unter dem Titel Überstunden-Entschädigungen vorgenommen,
- das Thema Überstunden sei nie diskutiert worden, auch nicht anlässlich der Sitzung mit der Revisionsstelle im Herbst 2005,
- der Appellant habe die Überstunden-Entschädigungen vor November 2001 verjähren lassen, ohne diese je zur Sprache zu bringen.

Zusammenfassend müsse festgehalten werden, dass der Appellant Arbeitnehmer, Geschäftsführer und Hauptaktionär der Appellatin gewesen sei und zudem deren Buchhaltung besorgt habe. Diese Situation sei eine besondere und es sei im Ergebnis als widersprüchlich zu werten, wenn er vorher während Jahren nie geltend gemachte Überstundenansprüche nun einfordere, welche ihm vertraglich unbestrittenermassen zustehen würden.

1.4.3 Diese rechtliche Würdigung der Vorinstanz ist im Ergebnis nicht zu beanstanden:

Vorweg ist auf den Sinn und Zweck der Arbeitnehmer-Schutzbestimmung von Art. 341 OR hinzuweisen, welche einen Verzicht auf Forderungen, die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes ergeben, ausschliesst. Die Herabsetzung des Lohns für bereits geleistete Überzeit fällt unbestrittenermassen unter Art. 341 Abs. 1 OR (vgl. dazu auch PORTMANN, BSK-OR I, 4. Auflage 2007, N 3 zu Art. 341 OR).

In BGE 105 II 39, E. 1a wird dazu ausgeführt: „Mit dem Inkrafttreten der in Art. 341 Abs. 1 OR enthaltenen Regel ist die rechtliche Stellung des Arbeitnehmers deutlich verstärkt worden. Nach dieser Bestimmung kann der Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht auf Forderungen verzichten,

die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes oder aus unabdingbaren Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages ergeben. Damit soll den Umständen Rechnung getragen werden, dass der Arbeitnehmer sich in einem gesteigerten Abhängigkeitsverhältnis befindet und häufig der wirtschaftlich schwächere Teil ist, während des Arbeitsverhältnisses unter Druck gesetzt werden oder aus Angst um seine Stelle Hemmungen haben kann, zusätzliche Ansprüche unverzüglich zu erheben. Das leuchtet namentlich in Zeiten wirtschaftlicher Rezession und dann ein, wenn ein Unternehmen, wie vorliegend, mit finanziellen Schwierigkeiten zu kämpfen hat. Aus solchen Gründen schliesst Art. 341 Abs. 1 OR nicht nur einen ausdrücklichen, sondern auch einen Verzicht durch konkludentes Verhalten des Arbeitnehmers aus.“

Im vorliegenden Fall trifft diese Konstellation für den Appellanten allerdings nicht zu: Er war nicht gewöhnlicher Arbeitnehmer, wie der Gerichtspräsident zutreffend feststellt. Er war als Arbeitnehmer Geschäftsführer und mit 67 von 140 Aktien (KB 23 und KAB 2) zusammen mit dem Partner X. auch Hauptaktionär (sowie Mitglied/Sekretär/Präsident des Verwaltungsrates [Präsident bis Frühling 2005]) der Appellatin mit weit reichenden Kompetenzen gemäss Pflichtenheft (KAB 6 und 7). Der Schutzzweck von Art. 341 Abs. 1 OR greift bei seiner Doppelstellung – Arbeitnehmer der Leitungsetage und Hauptaktionär der Appellatin – auf jeden Fall nicht derart, wie bei einem gewöhnlichen Arbeitnehmer, mit der Folge, dass von ihm ein rasches aktives Tätigwerden verlangt werden darf zur Geltendmachung von Überstunden über mehrere Jahre hinweg.

Es ist weiter festzuhalten, dass der Appellant mit den Lohnausweisen ab 2002 bis und mit 2005 (KB 14 bis 20) nachgewiesen hat, dass die jeweilige Anzahl Überstunden dem Arbeitgeber bekannt waren und diese grundsätzlich ausgewiesen sind. Sodann ist unbestritten, dass die Überstunden jeweils per Anfang November des betreffenden Jahres auf Null gestellt wurden (pag 11, KB 15 bis 20) und der Appellant gegen dieses Vorgehen jedenfalls nicht aktenkundig opponiert hatte. Nachdem der Schutzzweck von Art. 341 Abs. 1 OR vorliegend aufgrund der Doppelstellung des Appellanten wie erwähnt nicht derart greift wie bei einem gewöhnlichen Arbeitnehmer, ist fraglich, ob ein ev. einseitiger Verzicht auf die Überstundenentschädigung grundsätzlich als unzulässig hätte qualifiziert werden müssen. Indessen kann diese Frage offen bleiben, wenn sich die Geltendmachung der Überstundenentschädigung jedenfalls als rechtsmissbräuchlich erweist.

Mit der Vorinstanz ist weiter festzustellen, dass

- in der Buchhaltung der Appellatin entgegen der Bestimmung von Art. 669 OR und den einschlägigen Rechnungslegungsgrundsätzen nie Rückstellungen für Überstunden-Entschädigungen vorgenommen wurden, obwohl dem Appellanten gemäss Pflichtenheft die Betreuung der Bereiche Administration und Rechnungswesen/Controlling oblag (KAB 7),
- das Thema Überstunden während des Arbeitsverhältnisses auf jeden Fall bis 2004 nie diskutiert worden ist (vgl. z.B. KAB 3 bis 5). In den Akten findet sich

einzig eine Aussage von X. (pag. 133), wonach das Thema Überstunden im Zusammenhang mit der Bewertung der Aktien erwähnt worden ist (auf Vorhalt des Schreibens von September 2005, KB 10),

- das Thema, soweit ersichtlich, erstmals mittels Verjährungsverzichts-Einrede vom Juli 2006 (pag. 11) explizit thematisiert wurde (wobei dieser Verjährungsverzicht nicht bei den Akten ist).

Schliesslich ist aktenkundig, dass die Firma massive finanzielle Schwierigkeiten hatte und Restrukturierungsmassnahmen dringend nötig waren (vgl. Zeugenaussage B., pag 135, sowie KB 9, 10, 24 [vom Appellanten nicht unterschrieben] und KAB 11), was letztendlich zum Ausscheiden des Appellanten aus der Firma führte.

Die Würdigung dieser Kriterien im Hinblick auf die von HOFMANN erwähnten drei Voraussetzungen der Anspruchsverwirkung aus verzögerter Rechtsausübung ergibt folgendes:

- Zumutbarkeit einer früheren Geltendmachung der Forderung durch den Gläubiger: Wie obenstehend ausgeführt, ist dieser Punkt vom Appellanten während des Arbeitsverhältnisses auf jeden Fall bis und mit 2004 nie zur Sprache gebracht worden. Ein erstes Ansprechen erfolgte laut Aussagen von X. im Zusammenhang mit der Aktienbewertung im September 2005 und konkret thematisiert wurde die Forderung aus Überstundenentschädigung rund ein halbes Jahr nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Auch wenn dem Appellanten zugute zu halten ist, dass er Rücksicht auf die finanzielle Situation der Appellatin genommen hat, wäre ihm zumindest zumutbar gewesen, mitzuteilen, dass er die geleisteten Überstunden grundsätzlich als entschädigungspflichtig erachtet.
- berechtigtes Vertrauen des Schuldners, dass eine Forderung nicht mehr geltend gemacht wird: Unter Berücksichtigung, dass der Appellant Mitverantwortlicher für den Betrieb der Appellatin war (ihr bis Frühling 2005 sogar als Verwaltungsratspräsident vorstand) und in dieser Funktion seine Überstunden selber anordnen konnte, nie Rückstellungen getätigt wurden, die Überstunden per November des laufenden Jahres jeweils unwidersprochen auf Null gestellt wurden, der Appellant seine Forderung rund ein halbes Jahr nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erstmals substantiiert geltend machte, durfte die Appellatin berechtigterweise davon ausgehen, dass unter dem Titel Überstundenentschädigung keine Ansprüche mehr erhoben werden würden.
- unbillige Benachteiligung des Schuldners, welche ihn bei früherem Vorgehen des Berechtigten nicht getroffen hätte: Die jeweilige Anzahl Überstunden hätte korrekterweise in der Buchhaltung erfasst werden müssen mittels Rückstellungen. Das hätte – bei durchschnittlichen Jahresbeträgen von mind. ca. CHF 17'000.00 (gemäss angepasster Berechnung, pag. 13) – wesentlichen Einfluss auf die jeweiligen Geschäftsergebnisse und damit auf die Löhne/Boni der Mitarbeitenden gehabt. Noch nicht berücksichtigt ist dabei ein allfälliger Überstundenanspruch des Geschäftspartners des Appellanten, X., dem

das gleiche Recht auch zuzugestehen wäre.

Unter diesen Umständen ist erstellt, dass der Appellant seinen Anspruch aus geleisteten Überstunden verwirkt hat und dessen Geltendmachung demnach rechtsmissbräuchlich ist. Infolgedessen ist die Klage in diesem Punkt abzuweisen.

2.

[...]

V. Kosten

[...]

Hinweis:

Das Urteil ist rechtskräftig.